



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2005

Verwendungsverbot von Keimzellen und imprägnierter Eizellen verstorbener

Gächter, Thomas ; Schwendener, Myriam

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-175462>
Journal Article

Originally published at:

Gächter, Thomas; Schwendener, Myriam (2005). Verwendungsverbot von Keimzellen und imprägnierter Eizellen verstorbener. Schweizerische Zeitschrift für Gesundheitsrecht - Revue Suisse de droit de la santé:11-19.

Verwendungsverbot von Keimzellen und imprägnierten Eizellen Verstorbener

Thomas Gächter, Prof. Dr. iur., Luzern/Zürich und
Myriam Schwendener, lic. iur., Doktorandin SNF, Zürich*
thomas.gaechter@rwi.unizh.ch, myriam.schwendener@rwi.unizh.ch

■ Zusammenfassung

Das Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG) enthält ein Verbot, Keimzellen oder imprägnierte Eizellen nach dem Tod der Person, von der sie stammen, zu verwenden. Diese Bestimmung dient dem Kindeswohl. Keine Antwort scheint das Gesetz jedoch auf die Frage zu enthalten, ob die Herausgabe von Keimzellen oder imprägnierten Eizellen zur Verwendung im Ausland zulässig ist. Aus Zweck und Systematik der Regelung lässt sich indes schliessen, dass Keimzellen oder imprägnierte Eizellen nach dem Tod der Person, von der sie stammen, zu vernichten sind. Eine Herausgabe verletzt dieses Vernichtungsgebot.

■ Résumé

La Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA) contient une disposition interdisant d'utiliser les gamètes ou les ovules imprégnés d'une personne après son décès. Cette norme préserve ainsi le bien-être de l'enfant. Par contre la loi ne précise pas ce qu'il en est à l'étranger. En examinant le but et la systématique de la loi, on peut cependant en conclure que ces gamètes ou ces ovules imprégnés doivent être détruits. Une action en restitution violerait cette obligation.

1 Problemstellung

Art. 3 Abs. 4 des Bundesgesetzes über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (FMedG) besagt, dass Keimzellen oder imprägnierte Eizellen nach dem Tod der Person, von der sie stammen, nicht mehr verwendet werden dürfen. Die Praxis sieht sich mit der Situation konfrontiert, dass Angehörige solche Zellen herausverlangt haben, um diese in einem Land zu verwenden, in dem die Ei- und Embryonenspende oder die Leihmutterschaft erlaubt sind. Daraus ergeben sich folgende Fragestellungen:

- Was ist der Bedeutungsgehalt von Art. 3 Abs. 4 FMedG, der nur ein Verwendungsverbot statuiert und nicht wie Art. 15 Abs. 4 und Art. 16 Abs. 4 FMedG explizit die sofortige Vernichtung der Keimzellen bzw. imprägnierten Eizellen verlangt? Weshalb hat der Gesetzgeber in Art. 15 Abs. 4 und Art. 16 Abs. 4 FMedG lediglich den Widerruf der Einwilligung und den Ablauf der Konservie-

rungsdauer erwähnt und über die Folgen des Ablebens der Person, von der die Keimzellen oder imprägnierten Eizellen stammen, geschwiegen? Handelt es sich hier um eine Gesetzeslücke oder um ein qualifiziertes Schweigen?

- Zudem fragt sich, ob die Herausgabe oder Ausfuhr kryokonservierter Keimzellen oder imprägnierter Eizellen als vorbereitende Tätigkeiten zu in der Schweiz verbotenen Handlungen – namentlich zu Ei- und Embryonenspende oder Leihmutterschaft – nach schweizerischem Recht strafbar sind.

Zur Beantwortung dieser Fragen sollen zunächst die verfassungsrechtlichen Aspekte beleuchtet werden, um in einem nächsten

* Wir danken Frau Dr. med. et lic. iur. Irene VOLLENWEIDER für den Hinweis auf die Fragestellung sowie für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

Schritt das FMedG genauer zu betrachten und auszulegen. Im Mittelpunkt der Ausführungen steht die Problematik der kryokonservierten imprägnierten Eizellen¹. Die Probleme, die sich im Umgang mit diesen stellen, sind komplexer als diejenigen bei Keimzellen. Auf die Behandlung der Letzteren wird in einem Exkurs² eingegangen.

2 Verfassungsrechtliche Grundlagen

2.1 Art. 119 BV

Am 17. Mai 1992 wurde Art. 24novies der alten Bundesverfassung zur Regelung von Humangenetik und Reproduktionsmedizin mit grosser Mehrheit von Volk und Ständen angenommen. Es handelte sich dabei um den als Reaktion auf die «Beobachter-Initiative»³ ausgestalteten Gegenvorschlag der Bundesversammlung. Im Rahmen der Nachführung der Bundesverfassung wurde Art. 24novies aBV in die beiden Art. 119 (Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich) und Art. 120 (Gentechnologie im Ausserhumanbereich) aufgeteilt und redaktionell angepasst.⁴

Art. 119 BV regelt die Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich. Abs. 1 der Bestimmung (Missbrauchsschutz) gilt als Zielnorm, als programmatischer Zweckartikel, der in Abs. 2 für den Umgang mit menschlichem Keim- und Erbgut konkretisiert wird.

Art. 119 Abs. 2 BV nennt als oberste Schutzgüter die Menschenwürde, die Persönlichkeit und die Familie. Er bringt zum Ausdruck, dass menschliches Leben einen unantastbaren Eigenwert hat und deshalb in seiner Identität und Einmaligkeit zu schützen ist.⁵ Zum Eigenwert des Menschen gehören auch die *natürlichen Bedingungen der Menschwerdung durch Zeugung, Entwicklung im Mutterleib und Geburt aus der Mutter*. Aus diesen Überlegungen sind z.B. die postmortale Zeugung und die Exogenese zu verbieten (vgl. Art. 3 Abs. 4 und Art. 30 FMedG).⁶

Das Schutzgut der Familie beinhaltet nach vorherrschender Auffassung u.a. den Anspruch des Kindes auf eine Familie. Dem durch ein medizinisch unterstütztes Fortpflanzungsverfahren gezeugten Kind soll ein Grundbedürfnis des Menschseins nach Möglichkeit gewahrt bleiben: der *Wunsch nach einer Mutter und einem Vater* (vgl. auch Art. 7 Abs. 1 der UN-Kinderrechte-Konvention). Das Verbot der postmortalen Zeugung unterstreicht diesen Gedanken (vgl. Art. 3 Abs. 4 FMedG).⁷

Art. 119 Abs. 2 lit. a-g BV enthalten materielle Vorgaben in Bezug auf den Umgang mit menschlichem Keim- und Erbgut. Für die hier erörterten Fragen ist insbesondere Art. 119 Abs. 2 lit. c BV relevant. Daraus geht hervor, dass die Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung nur angewendet werden dürfen, wenn die Unfruchtbarkeit oder die Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit nicht anders behoben werden können. Die Verfahren sind mit anderen Worten nur *subsidiär* anzuwenden. Bereits aufgrund der Verfassung ausgeschlossen sind nach der vorherrschenden Auffassung somit Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung bei allein stehenden Personen und gleichgeschlechtlichen Paaren, weil keine Unfruchtbarkeit im Sinn der Verfassung vorliegt.⁸

Keinesfalls dürfen die fortpflanzungsmedizinischen Verfahren aufgrund von Art. 119 Abs. 2 lit. c BV indes zur eugenischen Selektion oder allein zu Forschungszwecken angewendet werden. Weiter sieht dieselbe Bestimmung vor, dass nur so viele menschliche Eizellen ausserhalb des Körpers der Frau zu Embryonen entwickelt werden dürfen, als dieser sofort eingepflanzt werden können. Damit soll das Vorhandensein überzähliger Embryonen vermieden werden. Die Embryonenerzeugung auf Vorrat ist nicht vorgesehen.⁹

1 Imprägnierte Eizellen sind befruchtete Eizellen vor der Kernverschmelzung (Art. 2 lit. h FMedG). Dies in Abgrenzung zu den Keimzellen (d.h. Ei- und Samenzellen, Art. 2 lit. e FMedG) und zum Embryo, der als Frucht von der Kernverschmelzung bis zum Abschluss der Organentwicklung definiert wird (Art. 2 lit. i FMedG).

2 Hinten 4.

3 Am 13. April 1987 wurde die von der Redaktion des «Schweizerischen Beobachters» lancierte Volksinitiative «gegen Missbräuche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie beim Menschen» eingereicht. Zur Entstehungsgeschichte vgl. SCHWEIZER, Art. 24novies N 3 ff.

4 In Kraft seit 1. Januar 2000. Siehe zur Entstehungsgeschichte auch REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119 N 2 f.

5 REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119 N 14.

6 Hegnauer, S. 146 f.; Reusser/Schweizer, Art. 119 N 14; Schneider, S. 389.

7 REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119 N 16.

8 Von Sterilität kann nur gesprochen werden, wenn trotz regelmässigen Geschlechtsverkehrs während einer bestimmten Dauer keine Schwangerschaft eintritt. REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119 N 25. BBl 1996 III 251. Siehe auch Aubert, N 19.

9 Vor Erlass von Art. 24novies aBV wurden in der Praxis alle Eizellen befruchtet und zu Embryonen entwickelt. Die in einem Zyklus nicht eingepflanzten Embryonen wurden kryokonserviert und bei Bedarf für einen zweiten oder dritten Behandlungsversuch verwendet. Auf diese Weise wurde ein - aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht unbedenklicher - grosser Überschuss an Embryonen produziert. Vgl. SCHWEIZER, Art. 24novies Abs. 2 N 79.

Nach Art. 119 Abs. 2 lit. c BV ist es Aufgabe des Gesetzgebers, die Fortpflanzungsverfahren im Einzelnen zu regeln. Diese Aufgabe hat er mit Erlass des FMedG erfüllt.

2.2 Keimzellen, imprägnierte Eizellen und Embryonen

Das Verfahren der In-vitro-Fertilisation setzt eine hormonelle Stimulation der Frau voraus, die im Durchschnitt zur Entstehung von zehn Eizellen führt. Rund 70% davon lassen sich befruchten.¹⁰ Aus verfassungsrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, in welchem Mass und durch welche Bestimmungen die Keimzellen, die imprägnierten Eizellen sowie die Embryonen geschützt sind.

Art. 119 Abs. 2 lit. c BV spricht von ausserhalb des Körpers der Frau erzeugten *Embryonen*, die ihr sofort eingepflanzt werden *können*, nicht *müssen*. D.h. ein Embryo der sich offensichtlich nicht oder krankhaft entwickelt, muss der Frau nicht eingesetzt werden.¹¹ Er darf seinem Schicksal überlassen bleiben.¹² Andererseits enthält die Verfassung keine Regelungen darüber, wie mit einem Embryo zu verfahren ist, der nicht mehr eingesetzt werden kann, weil z.B. die Frau krank wird oder stirbt.¹³ Keine ausdrücklichen Bestimmungen sind der Verfassung sodann zum Umgang mit Keimzellen und befruchteten Eizellen zu entnehmen. Grundsätzlich verweist der Verfassungstext in Art. 119 Abs. 2 lit. c BV auf die gesetzlichen Bestimmungen.

Nach einhelliger Meinung in der Wissenschaft legt erst die Kernverschmelzung das genetische Programm fest, welches ein neues, unverwechselbares Individuum definiert.¹⁴ Der eigenständige Schutz des Embryos setzt demnach bei der *Kernverschmelzung* an. Für Embryonen werden in der Schweiz verschiedene Schutzkonzepte diskutiert (Objekt- oder Sachmodell, Respektmodell und Personenmodell),¹⁵ wobei Verfassung und Gesetzgebung der Schweiz grundsätzlich auf der mittleren Position basieren, d.h. dem Respektmodell.¹⁶ Nach dieser Auffassung ist der Embryo weder eine reine Sache ohne besondere Schutzwürdigkeit noch eine Person mit derselben Schutzwürdigkeit wie ein geborener Mensch. Das Respektmodell geht dabei von zwei Annahmen aus: Erstens nimmt mit fortschreitender Embryonalentwicklung die Schutzwür-

digkeit zu, zweitens verdient schon frühestes menschliches Leben Schutz. Damit besitzt bereits der Embryo in vitro einen eigenen Wert, der allerdings – nach einer entsprechenden Güterabwägung – nicht allen anderen Interessen vorgeht.¹⁷ Dem Embryo in vitro, mindestens dem überzähligen, kommt indessen kein Recht auf Leben zu.¹⁸ Die Kryokonservierung befruchteter Eizellen im so genannten Vorkernstadium, d.h. vor der Kernverschmelzung, hat den Vorteil, dass keine Embryonen entstehen, deren Schicksal ungewiss bleibt, wenn die Voraussetzungen für einen Transfer (z.B. beim Tod der Frau) fehlen.¹⁹ Der Gesetzgeber wollte mit der Möglichkeit der Kryokonservierung imprägnierter Eizellen das Problem überzähliger Embryonen eindämmen und damit seinen Schutzauftrag zugunsten der Embryonen wahrnehmen.

Vor der Kernverschmelzung richtet sich der Umgang mit *Keimzellen und imprägnierten Eizellen* in erster Linie nach dem aus Art. 10 BV fliessenden Persönlichkeitsrecht der Personen, von denen die Zellen stammen.²⁰ Imprägnierte Eizellen geniessen denn auch – anders als Embryonen – noch keinen eigenständigen

10 SCHWEIZER, Art. 24novies Abs. 2 N 79; REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119 N 29.

11 Verboten ist nach der geltenden Regelung jedoch die Präimplantationsdiagnostik im Sinn von Art. 5 Abs. 4 FMedG, d.h. das Ablösen einer oder mehrerer Zellen von einem Embryo in vitro und deren Untersuchung. Begründet wird das Verbot damit, dass sich sonst die Grenze zwischen erlaubter Prävention und unerwünschter Selektion kaum mehr ziehen lässt (BBl 1996 III 257). Am 16. Juni 2005 hat der Nationalrat jedoch eine Motion zur Zulassung der Präimplantationsdiagnostik überwiesen (Motion WBK-NR, 04.423).

12 REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119 N 29.

13 Vgl. hinten 3.2.

14 BBl 1996 III 215 f.; siehe eingehend mit weit gehenden Folgerungen ANTOINE SUAREZ, Darf man dem Embryo den verfassungsrechtlichen Schutz der Menschenwürde absprechen? Eine rationale Ableitung der fünf Grundprinzipien einer Menschenrechts-Gesellschaft, SJZ 86 (1990), S. 205 ff.

15 Siehe BBl 2003 1208 ff.; siehe die älteren Meinungen bei FRANK, S. 366 f., und SCHNEIDER, S. 407 ff.

16 SCHOTT, S. 12; BBl 2003 1187.

17 BBl 2003 1209. Zum Verhältnis zur Wissenschaftsfreiheit etwa HÄFLIN/HALLER, N 529 und ausführlicher dazu Verena Schwander, Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit, Bern/Stuttgart/Wien 2002, S. 212 ff.. Sehr differenziert zum Verhältnis der Rechtsstellung des Embryos zu den Grundrechten der Eltern HANGARTNER, S. 20 ff.; siehe auch Müller, S. 54. Siehe die ethischen Erwägungen bei HANS-PETER SCHREIBER, Ethische Probleme technischer Eingriffe in die menschliche Fortpflanzung, in: ALBERTO BONDOLFI/HANSJAKOB MÜLLER (Hrsg.), Medizinische Ethik im ärztlichen Alltag, Basel/Bern 1999, S. 158 ff. Zu den sachenrechtlichen Aspekten vgl. REY, Nr. 103, 119 ff.

18 BBl 2003 1188.

19 BBl 1996 III 215 f.

20 SCHNEIDER, S. 404; SCHWEIZER, Vorgaben, S. 39. Differenzierend im Privatrecht PELET, S. 59 f., 141 f., 194 ff.; REY, Nr. 120.

Schutz.²¹ Beim Umgang mit ihnen werden neben den Selbstbestimmungsrechten der Personen, von denen die Zellen stammen, weitere allgemeine Zwecke und Interessen (z.B. Schutz vor Eugenik, Schutz des späteren Kindeswohls, usw.) beachtet.

Im Ergebnis sind Embryonen aufgrund des in der Schweiz bevorzugten Respektmodells lediglich bedingt geschützt, während Keimzellen und kryokonservierte Eizellen keinen unmittelbaren Schutz geniessen. Die Grundsätze für den Umgang mit ihnen ergeben sich aus den Persönlichkeitsrechten der Personen, von denen sie stammen, sowie weiteren allgemeinen Interessen und Zwecken.

3 Regelung des FMedG

Das seit dem 1. Januar 2001 geltende FMedG regelt im Bereich der Fortpflanzungs- oder Reproduktionsmedizin die Methoden zur Herbeiführung einer Schwangerschaft ohne Geschlechtsverkehr. Entsprechend dem Verfassungsauftrag von Art. 119 BV schützt es die Menschenwürde, die Persönlichkeit und die Familie (Art. 1 Abs. 2 FMedG). Im Zentrum des Gesetzes steht das Kindeswohl (Art. 3 FMedG).²²

Ebenfalls Art. 119 BV folgend hält Art. 17 Abs. 1 FMedG fest, dass bei der In-vitro-Fertilisation nur so viele imprägnierte Eizellen zu Embryonen entwickelt werden dürfen, wie innerhalb eines Zyklus für die Herbeiführung einer Schwangerschaft erforderlich sind; es dürfen jedoch höchstens drei sein. In Art. 17 Abs. 3 FMedG wird das Konservieren von Embryonen verboten.

Die überzähligen befruchtungsfähigen Eizellen dienen als Vorrat. Bei einem erneuten Behandlungsversuch kann so auf die kryokonservierten Eizellen zurückgegriffen werden, ohne dass die Patientin einen erneuten Eingriff zur Gewinnung der Eizellen über sich ergehen lassen muss. Unbefruchtete Eizellen können

indes bis heute nicht erfolgreich aufbewahrt werden, so dass die Eizellen zur Aufbewahrung imprägniert werden. Die Kryokonservierung imprägnierter Eizellen hält vor der Verfassung stand.²³

3.1 Konservierung imprägnierter Eizellen

Art. 16 FMedG regelt die Konservierung imprägnierter Eizellen. Eine Konservierung ist nur möglich bei schriftlicher Einwilligung des zu behandelnden Paares und der Absicht einer späteren Herbeiführung einer Schwangerschaft (Art. 16 Abs. 1 FMedG). Die maximale Konservierungsdauer beträgt fünf Jahre (Art. 16 Abs. 2 FMedG). Nach Art. 16 Abs. 3 FMedG kann *jeder* der beiden Partner die Einwilligung jederzeit schriftlich widerrufen. Bei Widerruf der Einwilligung oder bei Ablauf der Konservierungsdauer sind die imprägnierten Eizellen *sofort zu vernichten* (Art. 16 Abs. 4 FMedG). Keine ausdrückliche Regelung findet sich indes betreffend die Konsequenzen des Ablebens eines Partners.

3.2 Art. 3 Abs. 4 FMedG

Art. 3 Abs. 4 FMedG sieht im Interesse des Kindeswohls vor, dass Keimzellen oder imprägnierte Eizellen nach dem Tod der Person, von der sie stammen, nicht mehr verwendet werden dürfen.²⁴ Damit soll verhindert werden, dass Kinder gezeugt werden, deren genetische Eltern bereits verstorben sind.²⁵ Die postmortale Verwendung von Keimzellen oder imprägnierten Eizellen wird sodann im Übertretungstatbestand von Art. 37 lit. b FMedG strafrechtlich untersagt. *Grundsätzlich sind daher – wie sich den Materialien entnehmen lässt – die Keimzellen oder imprägnierten Eizellen nach dem Tod der Person, von der sie stammen, zu vernichten.*²⁶ Ausdrücklich hat der Gesetzgeber in Art. 3 Abs. 4 FMedG aber lediglich ein Verwendungsverbot und nicht ein Vernichtungsgebot statuiert.

Ausnahmen vom Verwendungsverbot sind indes bei der Samenspende denkbar. Einerseits kann der Tod des Samenspenders der Ärztin oder dem Arzt unbekannt bleiben. Langwierige Nachforschungen werden nicht erwartet, da die Konservierungsdauer von Gesetzes wegen höchstens fünf Jahre beträgt (Art. 15 Abs. 1 FMedG) und ein Ableben des (jungen und gesunden) Spenders als recht unwahr-

21 Z.B. HEGNAUER, S. 141.

22 REUSSER, S. 486 ff.

23 BBl 1996 III 215, 264 f.; VPB 60.67 (Bundesamt für Justiz, 17. November 1995), Ziff. 4.3.

24 REUSSER, S. 488.

25 BBl 1996 III 264. Zur Rechtslage vor dem In-Kraft-Treten von Art. 3 Abs. 4 FMedG FRANK, S. 365 ff., SCHNEIDER, S. 389, mit weiteren Hinweisen.

26 BBl 1996 III 264.

scheinlich eingestuft werden kann. Zudem sind die Folgen für das Kind weniger gravierend, weil beim Verfahren der heterologen Insemination ein Kindesverhältnis zum Ehemann der Mutter besteht.²⁷

Anders verhält es sich, wenn der Vater zwischen der In-vitro-Fertilisation und dem Embryotransfer stirbt. Hier kann im Interesse des bedingten Lebensschutzes des Embryos ein Transfer kurz nach dem Tod des Vaters nicht ausgeschlossen werden.²⁸ Dieser Unterschied lässt sich im Wesentlichen durch den höheren Schutz erklären, den ein Embryo etwa im Vergleich zu imprägnierten Eizellen genießt.

Als Teilantwort auf die erste der eingangs gestellten Fragen lässt sich festhalten, dass das FMedG zur Frage der Herausgabe kryokonservierter imprägnierter Eizellen nicht qualifiziert schweigt. Den Materialien lässt sich vielmehr entnehmen, dass grundsätzlich deren Vernichtung beabsichtigt wurde, wenn eine Person stirbt, von der die Keimzellen stammen. Gleichwohl fragt sich, wie das Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung zu deuten ist. Besteht hier ein gewisser Auslegungsspielraum oder ist die Lösung bereits im Gesetz angelegt?²⁹

3.3 Herausgabe kryokonservierter imprägnierter Eizellen

Nach den Grundwertungen des FMedG, die sich auf Verfassungs- und Völkerrecht zurückführen lassen, wird das Kindeswohl des in einem Verfahren der künstlichen Fortpflanzung zu zeugenden Kindes höher bewertet als der Kinderwunsch der Eltern. Zum Kindeswohl zählt auch die Möglichkeit, ein Verhältnis zu zwei Elternteilen zu leben.³⁰

Im Interesse des Kindeswohls hat der Gesetzgeber die Einsatzmöglichkeiten der Fortpflanzungsmedizin stark eingeschränkt. Man kann sich zwar fragen, ob sämtliche Wertungen, die diesen Einschränkungen zugrunde gelegen haben, auch in einigen Jahren noch Bestand haben werden. De lege lata ist die Orientierung an einem eher klassischen Familienbild mit einer Gemeinschaft von zwei Eltern jedoch hinzunehmen (Art. 191 BV).

Der Einsatz von Fortpflanzungstechnologien ist nur zu den im Gesetz abschliessend genannten Zwecken und unter den restrikti-

ven gesetzlichen Voraussetzungen möglich.³¹ Der Umgang mit kryokonservierten imprägnierten Eizellen ist demnach stets an diesen restriktiv gefassten Zwecken zu messen.

Die Frage, ob kryokonservierte imprägnierte Eizellen für die weitere Verwendung nach dem Tod einer Person, von der sie stammen, herausgegeben werden dürfen, lässt sich aufgrund der Regelungszwecke sowie der Gesetzssystematik beantworten:

- Bereits die Verfassung (Art. 119 Abs. 2 lit. c BV) lässt die Anwendung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung nur dann zu, wenn die Unfruchtbarkeit nicht auf andere Weise behoben werden kann (Subsidiarität). Gefordert wird also Sterilität. Von einer solchen kann nur gesprochen werden, wenn trotz regelmässigen Geschlechtsverkehr während einer bestimmten Dauer keine Schwangerschaft eintritt.³² Im Falle der postmortalen Verwendung von Keimzellen sind diese Voraussetzungen nicht mehr erfüllt.³³
- Weiter verlangt Art. 7 Abs. 2 FMedG die schriftliche Einwilligung *des Paares* auch für das Reaktivieren imprägnierter Eizellen. Eine solche ist bei der postmortalen Verwendung nicht mehr möglich.³⁴ Damit ist allerdings die Frage nicht beantwortet, wie zu verfahren ist, wenn eine postmortale Verwendung der kryokonservierten imprägnierten Eizelle dem ausdrücklichen Willen der verstorbenen Person entspricht. In solchen Fällen überwiegen u.E. die mit dem FMedG verfolgten öffentlichen Interessen. Es geht sowohl aus der Verfassung als auch aus dem Gesetz klar hervor, dass eine postmortale Verwendung von Keimzellen nicht gewollt ist und mit dem Kindeswohl nicht im Einklang steht.³⁵ Dies

27 Vgl. BBl 1996 III 264.

28 BBl 1996 III 253. Diese Ausnahme liegt indes bereits in der Sphäre des Schutzes des Embryos in vitro und berührt die Frage, inwiefern dieser über einen eigenständigen grundrechtlichen Schutz verfügt; dazu vorne 2.2.

29 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 236.

30 Vorne bei Fn. 7.

31 Vgl. AUBERT, N 22. Siehe auch Schott, S. 6.

32 REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119 N 25.

33 BBl 1996 III 253.

34 Vgl. auch SCHNEIDER, S. 389.

35 BBl 1996 III 253.

kann zwar eine Einschränkung der persönlichen Freiheit der verstorbenen Person bedeuten, die zu Lebzeiten über das weitere Schicksal ihrer Keimzellen verfügen möchte,³⁶ doch enthält das FMedG in Art. 3 Abs. 4 eine genügend bestimmte gesetzliche Grundlage, die im Interesse des Kindeswohls die persönliche Freiheit in verhältnismässiger Weise einschränkt.³⁷ Ebenso wird die persönliche Freiheit der noch lebenden Person, für die der Wunsch nach Kindern eine elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung darstellt,³⁸ durch das Verwendungsverbot eingeschränkt. Auch hier rechtfertigen indes gesetzliche Grundlage und öffentliches Interesse diese Einschränkung.

Aus gesetzessystematischer Sicht ist in erster Linie beim Konservierungszweck anzusetzen: Imprägnierte Eizellen dürfen nur zur späteren Herbeiführung einer Schwangerschaft kryokonserviert werden (Art. 16 Abs. 1 lit. b FMedG). Dies wiederum ist nur im Rahmen von Art. 3 FMedG möglich, d.h. nicht nach dem Ableben einer Person, von der eine Keimzelle stammt. Anders als beim Widerruf der Einwilligung zur Aufbewahrung der imprägnierten Eizellen oder beim Ablauf der Frist ist aber in den hier behandelten Fällen die sofortige Vernichtung nicht immer möglich, weil der Todesfall der Person, von der eine Keimzelle stammt, der konservierenden Stelle nicht bekannt wird. Dadurch erklärt sich auch, weshalb zwar in Art. 16 Abs. 4 FMedG, nicht aber in Art. 3 Abs. 4 FMedG ein Gebot zur sofortigen Vernichtung enthalten ist. Da die imprägnierten Eizellen kei-

nen eigenständigen Schutz geniessen, sondern von den Persönlichkeits- und Selbstbestimmungsrechten der Personen abhängen, von denen sie stammen, soll mit Art. 16 Abs. 4 FMedG die *sofortige* Vernichtung sichergestellt werden, wenn dies dem ausdrücklichen Willen entspricht oder die Konservierungsfrist ungenutzt abgelaufen ist. Der spezifische Zweck von Art. 16 Abs. 4 FMedG besteht deshalb darin, die sofortige Vernichtung zu gewährleisten. Sobald in allen übrigen Fällen ersichtlich wird, dass der Konservierungszweck dahin gefallen ist, müssen die kryokonservierten imprägnierten Eizellen ebenfalls vernichtet werden.³⁹ Dieser Schluss steht im Einklang mit den Gesetzesmaterialien.⁴⁰

Es stellt sich nun die Frage, ob das Vernichtungsgebot kryokonservierter imprägnierter Eizellen auch dann gilt, wenn solche exportiert und in einem Land entwickelt und eingesetzt werden sollen, das liberalere Regelungen kennt als die Schweiz.

Grundsätzlich gilt im öffentlichen Recht, zu dem das FMedG zu zählen ist, das *Territorialitätsprinzip*. Nach diesem Prinzip entfaltet das öffentliche Recht nur in dem Staat Rechtswirkungen, der es erlassen hat. Es gilt nur für Sachverhalte, die sich im räumlichen Herrschaftsbereich des rechtsetzenden Gemeinwesens ereignen.⁴¹ Im Ausland vorgenommene fortpflanzungsmedizinische Behandlungen entziehen sich damit grundsätzlich dem Geltungsbereich des FMedG. Die *Herausgabe der kryokonservierten imprägnierten Eizelle erfolgt jedoch im Inland*. Wer Keimzellen und imprägnierte Eizellen konserviert benötigt eine Bewilligung und muss Gewähr für eine gesetzeskonforme Tätigkeit bieten (Art. 10 FMedG). Gesetzeskonform wiederum ist nur eine Konservierung imprägnierter Eizellen, wenn diese der späteren Herbeiführung einer Schwangerschaft dient (Art. 16 Abs. 1 FMedG). Da das FMedG die zulässigen Verfahren der Fortpflanzungsmedizin abschliessend bezeichnet und die restriktiven Voraussetzungen ebenfalls abschliessend benennt, kann mit der Herbeiführung einer Schwangerschaft nur ein zulässiges Verfahren im Sinn von Art. 3 FMedG gemeint sein. Eine Verwendung imprägnierter Eizellen nach dem Tod der Person, von der sie stammen, ist nicht zulässig (Art. 3 Abs. 4

36 Vgl. etwa BGE 127 I 115 E. 4. Siehe auch HÄFELIN/HALLER, N 365 und MÜLLER, S. 56 ff.; alles betreffend die Frage der Selbstbestimmung über den eigenen Körper nach dem Tod im Zusammenhang mit Transplantationen.

37 Siehe VPB 60.67 (Bundesamt für Justiz, 17. November 1995), Ziff. 5.1.

38 BGE 119 Ia 460 E. 5.; 115 Ia 234 E. 5. Vgl. MÜLLER, S 51 f.; PELET, S. 240.

39 In der Praxis werden Aufbewahrungsverträge abgeschlossen, die mit der Bezahlung der Gebühr für die Aufbewahrung periodisch erneuert werden. Wird die Gebühr nicht bezahlt und bleibt eine Mahnung erfolglos, so werden die Keimzellen und die imprägnierten Eizellen in der Regel vernichtet. Eine unbeschränkt lange Aufbewahrung kommt damit ohnehin kaum vor.

40 Siehe vorne bei Fn. 26.

41 Statt vieler Häfelin/Müller, Rz. 357 ff.

FMedG). Wer kryokonservierte imprägnierte Eizellen zur Entwicklung und Einpflanzung im Ausland herausgibt, verletzt damit seine Pflichten, die ihn im Rahmen der Konservierung treffen. Sobald ihm nämlich das Ableben einer Person, von der Keimzellen stammen, bekannt wird, müssen die imprägnierten Eizellen vernichtet werden, weil der Aufbewahrungszweck dahin gefallen ist.

3.4 Strafbarkeit

Laut Art. 37 lit. b FMedG wird mit Haft oder Busse bis 100'000 Franken bestraft, wer vorsätzlich Keimzellen oder imprägnierte Eizellen verwendet, die von einer verstorbenen Person stammen. Welche Handlungen genau unter dem Begriff «verwendet» zu verstehen sind, lässt sich der Entstehungsgeschichte des Gesetzes nicht entnehmen. Hingegen ergibt sich aus der Auslegung der Art. 3 Abs. 3 und 4, 11 Abs. 2, 15 Abs. 3, 22 und 24 FMedG, dass mit «verwenden» im Rahmen des FMedG der direkte Gebrauch einer Keimzelle oder einer imprägnierten Eizelle zur Entwicklung eines Embryos oder zur Erzeugung einer Schwangerschaft gemeint ist. Ein Arzt oder eine Ärztin, die eine imprägnierte Eizelle eines Verstorbenen herausgibt, damit diese allenfalls im Ausland «verwendet» wird, handelt insofern nicht tatbestandsmässig im Sinn von Art. 37 lit. b FMedG. Sie verletzt hingegen ihre Pflichten im Rahmen der Konservierung. Laut Art. 37 lit. f FMedG wird nämlich auch mit Haft oder mit Busse bis 100'000 Franken bestraft, wer entgegen den Art. 15, 16 und 42 FMedG Keimgut konserviert. Das Konservieren von Keimgut wiederum ist dann nicht zulässig, wenn der für die Konservierung zuständige Arzt weiss, dass die Person, von der eine Keimzelle stammt, verstorben ist. Wie dargelegt trifft ihn in diesen Fällen die Pflicht, das Keimgut zu vernichten. Wer entgegen dieser Pflicht kryokonservierte imprägnierte Keimzellen herausgibt, macht sich demnach strafbar.

Die Ei- und die Embryonenspende sowie die Leihmutterschaft sind in der Schweiz unzulässig (Art. 119 Abs. 2 lit. d BV, Art. 4 FMedG). Wer bei einer Leihmutter Fortpflanzungsverfahren anwendet, wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft. Ebenso wird bestraft, wer Leihmutterschaften vermittelt (Art. 31 FMedG). Es fragt sich, ob sich eine Ärztin oder ein Arzt, der kryokonservierte imprägnierte Eizellen herausgibt, wegen Gehilfenschaft straf-

bar macht, wenn diese im Ausland in dort allenfalls zulässiger Weise einer Leihmutter eingepflanzt werden. Diese Frage ist zu verneinen, da es in diesem Fall an einer strafbaren Haupttat fehlt (siehe Art. 25 des Strafgesetzbuches).⁴² Hingegen ändert die Straflosigkeit der Leihmutterschaft im Ausland wohl nichts daran, dass die Vermittlung der Leihmutterschaft in Art. 31 Abs. 2 FMedG als eigener Tatbestand der Strafe unterstellt ist. Wer also aktiv in der Schweiz (legale) Leihmutterschaften im Ausland vermittelt, untersteht dieser Strafdrohung.

4 Exkurs: Herausgabe konservierter Keimzellen

Da Eizellen nach wie vor ohne Imprägnation nicht konserviert werden können, stellt sich einzig für konservierte Samenzellen die sinngemässe Frage nach der Zulässigkeit der Herausgabe nach dem Tod des Samenspenders.

Grundsätzlich gelten für diesen Fall die gleichen Regeln wie für imprägnierte Eizellen: Das Kindeswohl steht auch hier im Vordergrund. Auch Samenzellen dürfen nach dem Tod der Person, von der sie stammen, nicht mehr verwendet werden (Art. 3 Abs. 4 FMedG).⁴³ Ebenso sind sie bei Widerruf der Einwilligung zur Konservierung oder nach Ablauf der Konservierungsdauer sofort zu vernichten (Art. 15 Abs. 4 FMedG). Nach dem Tod der Person, von der die Samenzellen stammen, ist – ausser im Fall einer Samenspende – keine nach der schweizerischen Regelung zulässige fortpflanzungsmedizinische Behandlung mit diesen Keimzellen denkbar. Sie müssen deshalb vernichtet werden, sobald der konservierenden Ärztin oder dem konservierenden Arzt bekannt wird, dass die Person, von der sie stammen, gestorben ist.⁴⁴ Der Kindeswohlgedanke überwiegt den Wunsch der überlebenden Partnerin, ein Kind von ihrem verstorbenen Partner zu bekommen.

42 Z.B. STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Vorbemerkungen Art. 24-26 N 22; JÖRG REHBERG/ANDREAS DONATSCH, Strafrecht I, Verbrechenlehre, 7. Aufl., Zürich 2001, S. 155 f.; MARC FORSTER, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Art. 1-110 StGB, Basel/Genf/München 2003, Art. 25 N 17, 25; STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, S. 227 f.

43 Siehe zum besonders gelagerten Fall von gespendetem Samen vorne bei Fn. 27.

44 Vgl. BBl 1996 III 264.

Die blossе Herausgabe der Samenzellen erfüllt zwar den Tatbestand von Art. 37 lit. a FMedG nicht, da in der Herausgabe keine Anwendung eines Fortpflanzungsverfahrens erblickt werden kann. Ebenso handelt es sich bei der Herausgabe nicht um eine Verwendung im Sinn von Art. 37 lit. b FMedG. Hingegen dürfte auch bei der Herausgabe von Samenzellen der Tatbestand von Art. 37 lit. f FMedG greifen, der diejenigen mit Haft oder Busse bis 100'000 Franken bedroht, die entgegen Art. 15, 16 und 42 Keimgut konservieren. Ein Konservieren von Samenzellen über den Tod der Person hinaus, von der sie stammen, verletzt die implizit in Art. 15 FMedG enthaltene Vernichtungspflicht.

5 Ergebnis

Die eingangs gestellten Fragen lassen sich demnach wie folgt beantworten:

- Aus den Materialien, den Regelungszwecken sowie der Systematik des FMedG ergibt sich, dass Art. 3 Abs. 4 FMedG auch ein Vernichtungsgebot von Keimzellen und imprägnierten Eizellen umfasst. Sobald der Arzt oder die Ärztin, die für die Konservierung zuständig ist, vom Ableben der Person erfährt, von der die Keimzellen stammen, sind diese zu vernichten. Aus der ausdrücklichen Anordnung der sofortigen Vernichtung in den Fällen des Widerrufs der Zustimmung oder des Ablaufs der Konservierungsdauer in Art. 15 Abs. 4 und Art. 16 Abs. 4 FMedG lässt sich nicht *e contrario* schliessen, dass das Vernichtungsgebot im Fall des Todes einer Person, von der die Keimzellen stammen, nicht greifen soll. Das FMedG enthält diesbezüglich auch kein qualifiziertes Schweigen.

Vielmehr gilt für diese Fälle ebenfalls ein Vernichtungsgebot. Der spezifische Zweck von Art. 15 Abs. 4 und Art. 16 Abs. 4 FMedG besteht darin, dem Selbstbestimmungsrecht der Patientinnen und Patienten, das sich auch auf den Umgang mit ihren Keimzellen erstreckt, wirksam Nachachtung zu verschaffen und die *sofortige* Vernichtung anzuordnen. Da die Keimzellen und imprägnierten Eizellen keinen eigenständigen verfassungsrechtlichen Schutz geniessen, hält das letztlich dem Kindeswohl dienende Vernichtungsgebot vor der Verfassung stand.

Bei der Herausgabe von Keimzellen oder imprägnierten Eizellen Verstorbener durch die mit der Konservierung betraute Person wird der Übertretungstatbestand von Art. 37 lit. f FMedG erfüllt. Laut diesem Tatbestand wird mit Haft oder Busse bis 100'000 Franken bestraft, wer entgegen den Art. 15, 16 und 42 FMedG Keimgut konserviert. Eine Konservierung über den – der konservierenden Person bekannten – Zeitpunkt des Todes einer Person hinaus, von der die Keimzellen stammen, widerspricht Art. 15 und 16 FMedG. Nicht erfüllt ist dagegen der Tatbestand von Art. 37 lit. b FMedG der diejenigen bestraft, die vorsätzlich Keimzellen oder imprägnierte Eizellen verwenden, die von einer verstorbenen Person stammen. Die blossе Herausgabe solcher Zellen ist kein «verwenden» im Sinn des FMedG.

Gegenwärtig wird eine Revision des FMedG geprüft (Zulassung der Präimplantationsdiagnostik).⁴⁵ Zur Vermeidung von Missverständnissen würde es sich anbieten, im Zug dieser Revision auch den Wortlaut von Art. 3 Abs. 4 FMedG anzupassen. Klärend könnte etwa die Ergänzung um einen zweiten Satz wirken, der wie folgt lauten könnte: «Sie [d.h. die Keimzellen oder imprägnierten Eizellen] sind sofort zu vernichten.»

⁴⁵ Siehe Fn. 11.

Literatur

- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Art. 119 BV, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003.
- FRANK RICHARD, Der verwaiste Embryo – ein Anwendungsfall des Persönlichkeitsrechts, in: *SJZ* 80 (1984), S. 365-367.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Ein Grundriss*, 6. Aufl., Zürich 2005.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2002.
- HANGARTNER IVO, Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe, Eine grundrechtliche Standortbestimmung, Zürich 2000.
- HEGNAUER CYRIL, Künstliche Fortpflanzung und Grundrechte, in: *Festschrift für Ulrich Häfelin*, Zürich 1989, S. 127-148.
- MÜLLER JÖRG PAUL, Grundrechte in der Schweiz, im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der Uno-Pakte und der EMRK, 3. Aufl., Bern 1999.
- PELET ODILE, *Organes, tissus, cellules: loin du corps, loin de la personne?*, Bern 2002.
- REUSSER RUTH, Fortpflanzungsmedizin, Stand des Gesetzgebungsverfahrens, in: *ZBJV* 133 (1997), S. 472-491.
- REUSSER RUTH/SCHWEIZER RAINER J., Art. 119 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, Zürich/Basel/Genf/Lachen 2002.
- REY HEINZ, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts*, 2. Aufl., Bern 2000.
- SCHNEIDER FRANZISKA, Artificielle Reproduktion und Gentechnologie beim Menschen, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, Zürich 1994, S. 375-425.
- SCHOTT MARKUS, Vernichtung konservierter Embryonen, Gutachten erstattet dem Verein Kinderwunsch, 28. April 2003 (<http://www.kinderwunsch.ch/n-letter/EmbryoverbGutachten.pdf>).
- SCHWEIZER RAINER J., Art. 24novies BV, in: Aubert Jean-Francois et al. (Hrsg.), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel etc. ab 1987* (zit. SCHWEIZER, Art. 24novies).
- SCHWEIZER RAINER J., *Verfassungs- und völkerrechtliche Vorgaben für den Umgang mit Embryonen, Föten sowie Zellen und Geweben*, Zürich/Basel/Genf 2002 (zit. SCHWEIZER, Vorgaben).

Schweizerische Zeitschrift für Gesundheitsrecht

Revue suisse de droit de la santé

1

Inhaltsverzeichnis/Sommaire

3

Editorial/Éditorial

5

Aktualität, Veranstaltungen/Actualité, manifestations

7

Entscheidungen/Commentaires de jurisprudence

Prise en charge des médicaments « hors étiquette »: un espoir pour le traitement des maladies orphelines. Présentation de l'ATF 130 V 532. *Ariane Ayer*

11

Aufsätze/Articles

Verwendungsverbot von Keimzellen und imprägnierten Eizellen Verstorbener. *Thomas Gächter, Myriam Schwendener*

21

Organisation des services de garde dans le canton de Genève: de lege lata, de lege ferenda. *Dominique Sprumont, Jean Perrenoud*

33

Buchbesprechungen/Recensions de livres

37

Dokumentation/Documentation

Législation/Gesetzgebung

- I. Droit international (sélection)/Internationales Recht (Auswahl)
- II. Droit communautaire/Europarecht
- III. Droit étranger (sélection)/Ausländisches Recht (Auswahl)
- IV. Droit fédéral/Bundesrecht
- V. Droit cantonal (sélection)/Kantonales Recht (Auswahl)
- VI. Déclarations et directives éthiques et professionnelles/Ethische und berufliche Erklärungen und Richtlinien

43

Jurisprudence/Rechtsprechung

- I. Jurisprudence CEDH (sélection)/Rechtsprechung EMRK (Auswahl)
- II. Jurisprudence des juridictions communautaires (sélection)/Rechtsprechung der Gerichte der EG (Auswahl)
- III. Jurisprudence étrangère (sélection)/Ausländische Rechtsprechung (Auswahl)
- IV. Jurisprudence fédérale/Bundesrechtsprechung
- V. Jurisprudence cantonale/Kantonale Rechtsprechung

50

Doctrine/Lehre

- I. Doctrine internationale et étrangère (sélection)/Internationale und ausländische Lehre (Auswahl)
- II. Doctrine suisse/Schweizerische Lehre

61

Impressum